

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri in der Beschwerdesache Bf, Adressse, Adresse2, vertreten durch A, Steuerberater, Adresse3 , über die Beschwerde vom 05.08.2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt B vom 01.07.2016, betreffend Differenzzahlung für das Kind Namen ,geb. am 00000000, ab dem Zeitraum 09/2012 bis 06/2016 , zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird - ersatzlos - aufgehoben.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

### **Entscheidungsgründe**

Strittig ist, ob der Beschwerdeführerin (im Folgenden mit Bf. abgekürzt), geb.am xxxxx, eine Differenzzahlung für das im Spruch genannte Kind aus einer früheren Ehe zusteht.

Der gegenständliche Antrag v. 16.03.2016, eingelangt beim Finanzamt B am 21.03.2016, wurde vom zuständigen Finanzamt als Ausgleichszahlung gewertet (gemeint wohl: Differenzzahlung für den Zeitraum ab 09/2012).

Folgender -zwischen den Parteien - unbestrittener Sachverhalt (vgl. Schriftsatz der steuerlichen Vertretung v. 09.01.2018 bzw. Schriftsatz des FA B v. 12.01.2018) steht fest:

Das Kind Namen, geb. 00000, lebt bei der Kindesmutter, einer ungarischen Staatsbürgerin, in Ungarn. Diese ist wiederverheiratet und lebt mit dem Stiefvater, Hrn. Name, und ihrem Kind in Ungarn im dortigen gemeinsamen Haushalt. Der Stiefvater arbeitet in Ungarn. In Ungarn erhielt die Kindesmutter nach der Aktenlage auch Familienbeihilfe bzw. vergleichbare Leistungen in geringerer Höhe für dieses Kind. Der leibliche Vater des Kindes Namen, 00000, lebt und arbeitet seit 5/2011 in Österreich und ist durchgehend beschäftigt bzw. bezieht Leistungen vom AMS (lt. Abfrage im AIS-System).

Über Vorhalt des Bundesfinanzgerichtes 11.12.2017 langte der **Schriftsatz v.09.01.2018** der steuerlichen Vertretung ein. Auf diesen wird verwiesen.

Dieser Schriftsatz wurde vom Bundesfinanzgericht dem Finanzamt B in Wahrung des Parteiengenhörs im Wege eines Emails v.09.01.2018 übermittelt.

Der Antrag des Finanzamtes im Vorlageantrag vom 11.11.2016 wurde im Schreiben v. 12.01.2018 abgeändert (emailmäßige Zustimmung des Finanzamtes zur Stattgabe für den beschwerdegegenständlichen Zeitraum).

Mit **Schriftsatz v.17.01.2018 (Email)** wurden die Anträge auf mündliche Verhandlung sowie Senat von der steuerlichen Vertretung zurückgezogen.

### **Beweiswürdigung**

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus der Aktenlage (insbesondere dem Antrag v. 16.03.2016, dem Abweisungsbescheid v. 01.07.2016, zugestellt am 05.07.2016, der Beschwerde v.05.08.2016, der Beschwerdevorentscheidung v. 19.08.2018, dem Vorlageantrag v. 24.08.2016, dem Schriftsatz der stl. Vertretung v. 09.01.2018 sowie v. 17.01.2018 sowie jenem des Finanzamtes B v. 12.01.2018 sowie den Anmerkungen und Eintragungen in der Beihilfendatenbank.

### **Über die Beschwerde wurde vom Bundesfinanzgericht erwogen:**

#### **Rechtslage und Erwägungen**

##### **Unionsrechtslage**

Ungarn ist Mitglied der Europäischen Union.

Artikel 60 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden Verordnung Nr. 987/2009) lautet:

"Artikel 60

(1) Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird.

(2) Der nach Absatz 1 in Anspruch genommene Träger prüft den Antrag anhand der detaillierten Angaben des Antragstellers und berücksichtigt dabei die gesamten tatsächlichen und rechtlichen Umstände, die die familiäre Situation ausmachen.

Kommt dieser Träger zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung prioritär anzuwenden sind, so zahlt er die Familienleistungen nach den von ihm angewandten Rechtsvorschriften.

Ist dieser Träger der Meinung, dass aufgrund der Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats ein Anspruch auf einen Unterschiedsbetrag nach Artikel 68 Abs. 2 der Grundverordnung bestehen könnte, so übermittelt er den Antrag unverzüglich dem zuständigen Träger des anderen Mitgliedstaats und informiert die betreffende Person; außerdem unterrichtet er den Träger des anderen Mitgliedstaats darüber, wie er über den Antrag entschieden hat und in welcher Höhe Familienleistungen gezahlt wurden."

### **Definition "Familienangehöriger" iSd EU-Rechtes (Wer gilt als solcher ?)**

Nach Artikel 1, Buchstabe i, Nummer 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (in der Folge kurz: VO) ist Familienangehöriger "*jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird.*"

Ist die VO 883/2004 anzuwenden, ist nach Art. 67 VO 883/2004 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 VO 987/2009 zu fingieren, dass sowohl die Voraussetzung des inländischen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) als auch die Voraussetzung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) hinsichtlich aller Mitglieder der jeweiligen Familie ("beteiligten Personen") vorliegt, auch wenn einzelne oder alle Mitglieder dieser Familie tatsächlich in einem anderen Mitgliedstaat der Union (des EWR oder in der Schweiz) wohnen.

Bei der Bestimmung der **Familien- bzw. Haushaltszugehörigkeit** im Falle „Slanina“ wurde allerdings im Urteil des **EuGH** (0363/08) entschieden, dass eine geschiedene, in einem anderen Mitgliedstaat lebende Ehefrau für ein aus der gemeinsamen früheren Ehe hervorgehendes Kind ihren Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe beibehält, wenn der frühere Ehemann in Österreich eine Erwerbstätigkeit ausübt. Da der leibliche Vater, Herr Namen, in Österreich eine Beschäftigung ausübt und er auch nach der neuen Eheschließung der Kindesmutter weiterhin verpflichtet ist, einen monatlichen Unterhalt in Höhe von HUF 40.000,00 für das Kind Vorname an die Bfin. zu bezahlen, ist er als Familienangehöriger im Sinne des Art 1 VO 883/2004 anzusehen.

Nach der neuen Judikatur des **EuGH** von 22.10.2015 im Falle **Trapkowski** (C-378/14) wirkt eine Unterhaltsverpflichtung des geschiedenen Elternteils bereits anspruchsbegründend. Es kommt der Bfin. jedenfalls ein grundsätzlicher Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe zu (siehe auch Spiegel (Hrsg.): Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht, 56. Lfg., S 24f. Rz 30).

In **unionsrechtlicher Betrachtungsweise** kann aufgrund der Definition des Familienangehörigen in Art 1 lit i ein Kind einen Anspruch auf Familienleistungen von mehreren Personen abgeleitet werden. So liegt z.B. im Hinblick auf die österreichische Familienbeihilfe bei Kindern die Eigenschaft als Familienangehörige sowohl im Verhältnis zu im gemeinsamen Haushalt lebenden (Adoptiv —/Stief—/Pflege—)Elternteilen aufgrund der nationalen Definition (§ 2 Abs. 3 FLAG), als auch im Verhältnis zu geschiedenen, unterhaltspflichtigen leiblichen Elternteilen aufgrund der unionsrechtlichen Modifikationen vor. Ein Vorrang der leiblichen Eltern vor Adoptiv-, Stief- oder Pflegeeltern oder gar eine ausschließliche Anknüpfung zugunsten der leiblichen Eltern ist der VO 883/2004 nicht zu entnehmen; das gilt auch für das FLAG (siehe auch Spiegel (Hrsg.): Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht, 59. Lfg., S 8. Rz 6).

Aufgrund unionsrechtlicher Vorschriften kommt es somit zu einer **Anspruchskollision**, weil die Bfin. abgeleiteten Anspruch auf Familienleistungen im Sinne der VO 883/2004 sowohl nach ihrem Ehemann und Stiefvater bzw. nach ihrem geschiedenen Ehemann und leiblichen Kindesvater hat.

Aufgrund der Anspruchskollision sieht **Art 68 der VO 883/2004 Prioritätsregeln** vor, die zwingend von den Mitgliedstaaten einzuhalten sind. Die Prioritätsregeln selbst sind dabei in Form einer Kaskade aufgebaut und finden auf alle Familienangehörigen Anwendung. Wenn nach nationalem Recht auch Stiefeltern als Familienangehörige gelten (z.B. § 2 Abs. 3 FLAG), so sind demnach auch diese bei der Festlegung der Rangfolge zu beachten.

Lebt und arbeitet z.B. der leibliche Vater eines Kindes in z.B. Österreich, während das Kind mit der Mutter und dem Stiefvater in einem gemeinsamen Haushalt in Ungarn wohnt, wo auch der Stiefvater als Arbeitnehmer beschäftigt ist, so ist die Rangfolge wie folgt aufzulösen:

Da sowohl der leibliche Vater in Österreich als auch der Stiefvater in Ungarn einer Beschäftigung nachgehen bzw. der Wohnort des Kindes in Ungarn ist, besteht prioritärer Anspruch auf Familienleistungen in Ungarn. Da hinsichtlich des Vaters und des Stiefvaters — in Ermangelung spezieller Regelungen — keine weiteren Prioritätsregeln durch die VO 883/2004 bestimmt sind, bleibt es bei der Priorität in der Gewährung von Familienleistungen in Ungarn (siehe auch Spiegel (Hrsg.): Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht, 59. Lfg., S 12. Rz 5), allerdings besteht eine nachrangige Verpflichtung von Österreich zur Leistung eines Unterschiedsbetrages.

Da das Kind aufgrund der unionsrechtlichen Modifikationen Anspruch auf Familienleistungen von mehreren Personen ableiten kann und eine vorrangige bzw. ausschließliche Anknüpfung zu leiblichen Eltern bzw. Adoptiv-, Stief-, oder Pflegeeltern nicht besteht, kann für das Kind Vorname Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe durch die Kindesmutter — unabhängig von der neuen Eheschließung der Bfin. mit dem nunmehrigen Stiefvater — aufgrund der Beschäftigung des Kindesvaters bzw. geschiedenen Ehemannes in Österreich abgeleitet werden.

Aufgrund der neuen Eheschließung erweitert sich nach unionsrechtlicher Betrachtungsweise somit der Kreis der Familienangehörigen nach Art 1 lit i der VO 883/2004 um den Stiefvater des Kindes, Herrn Name. Der geschiedene und in Österreich eine Beschäftigung ausübende Kindesvater, Herr xx, verliert durch die Eheschließung der Kindesmutter jedoch in unionsrechtlicher Betrachtungsweise nicht die Eigenschaft als Familienangehöriger, weshalb für die Bfin. der Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe weiter bestehen bleibt. Die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen auf österreichische Familienleistungen ist nunmehr für drei Personen (Kindesmutter, Stiefvater und leiblicher Kindesvater) durchzuführen. Da das am 00000000 geborene Kind als Familienangehöriger des in Österreich erwerbstätigen Kindesvaters, Herrn Namen anzusehen ist, besteht aufgrund der Haushaltszugehörigkeit mit der Kindesmutter (=Bfin.), unabhängig von einer erneuten Eheschließung durch die Kindesmutter, Anspruch für die Kindesmutter auf Familienleistungen in Österreich. Aus oben genannten Gründen tritt der Stiefvater als Familienangehöriger nicht an die Stelle des leiblichen Vaters, sondern ergänzt die Anzahl der Familienangehöriger im Sinne der VO 883/2004, von denen sich ein Anspruch auf Familienleistungen ableiten lässt. Daraus folgt, dass die Beschäftigung des leiblichen Vaters, Herrn Namen, in Österreich im Sinne der VO 883/2004 maßgeblich für die Gewährung von Familienleistungen ist und Österreich eine nachrangige Verpflichtung zur Gewährung der Familienbeihilfe trifft.

**Der EuGH hat in seinem Erkenntnis vom 22.10.2015, C-378/14, Rechtssache Trapowski befunden:**

*„Der Gerichtshof setzt sich in diesem Erkenntnis insbesondere mit der **Fiktion** des Art. 60 Abs. 1 Satz 2 auseinander (siehe RZ 34, 36, 41).*

*Demnach ist, was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruches anbelangt, die Situation der gesamten Familien in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betroffenen Mitgliedstaaten fallen und dort wohnen.*

*Wenn demnach der leibliche Vater durch seine Erwerbstätigkeit eine Zuständigkeit Österreichs auslöst, sind nach der in Rede stehenden Bestimmung die beteiligten Personen – also Mutter und Kind – als in Österreich aufhältig zu betrachten. In diesem Fall sieht das FLAG 1967 – der EuGH repliziert ja auch die nationalen Rechtsvorschriften – einen **vorrangigen Anspruch für die haushaltszugehörige Person – also in diesem Fall der Mutter – vor.**“*

**Zur Haushaltszugehörigkeit**

Unabhängig von einem zuvor allenfalls abgegebenen Verzicht nach § 2a Abs. 2 FLAG 1967 kommt der Anspruch auf Familienbeihilfe bei Ausscheiden eines Elternteils aus dem gemeinsamen Haushalt ab dem Auszug folgenden Monat (§ 10 Abs. 2 FLAG) nur mehr dem Elternteil zu, **welcher mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt wohnt.**

Ob **Haushaltszugehörigkeit** vorliegt, ist sachverhaltsbezogen zu klären (keine Fiktion).

Im gegenständlichen Beschwerdefall ist nach der Aktenlage unstrittig von einem **gemeinsamen Haushalt** (Bfin, Kind u. Stiefvater in **Ungarn**) auszugehen.

### **Nationale Rechtslage**

§ 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) lautet auszugsweise:

"§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

- a) für minderjährige Kinder,
- b) ...

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

- a) deren Nachkommen,
- b) ..."

§ 2a FLAG 1967 lautet:

"§ 2a (1) Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, daß die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

(2) In den Fällen des Abs. 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden."

§ 53 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

"§ 53. (1) Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten."

Während eine Ausgleichszahlung gemäß § 4 FLAG 1967 dann zum Zug kommt, wenn ein Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe durch Drittstaaten besteht, liegt bei einem (gleichzeitigen) Anspruch auf Familienleistungen durch EU-Staaten in einem Anwendungsfall der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABIEU Nr. L vom 30. April 2004 (im Folgenden: Verordnung Nr. 883/2004) bzw. nach der

Verordnung (EG) Nr. 987/2009 allenfalls zu gewährenden „Ausgleichszahlung“ eine sog. Differenzzahlung vor, die jedoch inhaltlich weitgehend einer Ausgleichszahlung iSd § 4 gleicht und auch vielfach von der Verwaltungspraxis als solche behandelt wird (*Aigner/Lenneis* in Csaszar, Lenneis/Wanke, FLAG, § 4, Rz 2).

### **Zusammenfassung**

Es besteht für das Bundesfinanzgericht kein Zweifel, dass die Bfin. jedenfalls dem Grunde nach anspruchsberechtigter Elternteil sowohl nach nationalem (siehe FLAG 1967) als auch nach Unionsrecht (siehe die zitierte Norm der VO) ist.

Da die Bfin. den ungarischen Rechtsvorschriften unterliegt und sich das Kind in Ungarn im gemeinsamen Haushalt aufhält, war und ist Ungarn vorrangig zur Erbringung der ungarischen geringeren Familienleistungen zuständig.

In diesem Fall ist **weilers** gemäß Artikel 68 Abs. 2 VO "ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren." Bei diesem Unterschiedsbetrag handelt es sich um nichts anderes als die von der Bfin. gewertete **Differenzzahlung**.

§ 2 Abs. 2 FLAG 1967 ist daher **unionsrechtskonform** (Art. 67 VO 883/2004 und Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO 987/2009) **diskriminierungsfrei** auszulegen, dass bei einer in einem anderen Mitgliedstaat der Union (Vertragsstaat des EWR oder in der Schweiz) wohnenden Familie, die unter die VO 883/2004 fällt, im Fall der Haushaltszugehörigkeit zu einem Elternteil für das haushaltszugehörige Kind unter denselben Voraussetzungen Familienbeihilfe bezogen werden kann, wie wenn diese Familie in Österreich wohnt.

Ein allfälliger Antrag des leiblichen Vaters ist überdies lt. Aktenlage nicht erkennbar. Im Übrigen wäre dieser Antrag auch gegenüber der Kindesmutter - wie ausgeführt- jedenfalls nachrangig (wenn man einen solchen Antrag von vorne herein nicht als Antrag zugunsten der Kindesmutter werten würde - so im BFG-Erkenntnis zu RV/7103701/2016). Die Frage, ob der leibliche Vater nun den Unterhalt für das Kind überwiegend bestritten hat oder nicht, ist in diesem Zusammenhang belanglos und bedarf daher keiner Klärung seitens des Gerichts.

Die Entscheidung des Gerichtes erfolgt auf der **Grundlage der europäischen Vorgaben sowie nationaler Rechtsvorschriften**, die im Beschwerdezeitraum gültig sind (Art 60 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 sowie die in diesem Zusammenhang genannten nationalen Normen).

Der primäre Anspruch der Kindesmutter auf die strittige **Differenzzahlung** ist - wie nunmehr das Finanzamt auch in seinem Schriftsatz v. 12.01.2018 ausführt- im gegenständlichen Beschwerdefall gegeben.

Die Familienbeihilfe bzw. der Kinderabsetzbetrag (KG) ist im Differenzbetrag auszuführen.

Hinsichtlich der Berechnung der Differenzzahlung [(österr.FB (Familienbeihilfe) bzw. KG (Kinderabsetzbetrag) abzüglich ungarischer Beihilfe pro Monat)] für den Zeitraum

09/12 bis 06/16 wird auf die Beihilfendatenbank zum Ordnungsbegriff 000000 (siehe auch Auszahlungsbescheid des Finanzamtes B v. 16.02.2016) verwiesen.

Aus den angeführten Gründen war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **Nichtzulassung einer ordentlichen Revision**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Voraussetzungen einer ordentlichen Revision lagen nicht vor. Im Übrigen bestand zwischen den Parteien hinsichtlich des Ausgangs des Rechtsstreites Übereinstimmung.

Linz, am 22. Februar 2018